

独占禁止法の改正と二重処罰の問題

山 本 雅 昭

(徳島大学総合科学部)

- 一 はじめに
- 二 改正案のポイントから
- 三 改正案に含まれているといわれる問題点
- 四 課徴金に関する二重処罰問題
- 五 結びにかえて

一 はじめに

不当な取引制限のうち対価に係るカルテル等に対する課徴金納付命令が制度化されたのは、昭和五二年の独占禁止法改正によつてであつた(昭和五二年法律六三号)。その後、課徴金の金額を増額すること等を内容とする平成三年の同法改正を経て(平成三年法律四二号)、平成一三年十二月十一日の総合規制改革会議による規制改革の推進に関する第一次答申、平成一四年三月二十九日の閣議決定に係る「規制改革推進三か年計画(改定)」⁽¹⁾や平成一四年の同法改正(平成一四年法律四七号)に際して衆議院経済産業委員会が行つた附帯決議をきつかけに、

公正取引委員会において、平成一四年一〇月三十一日、「抑止力等の観点からの刑事罰・行政処分の在り方の見直し」等を検討事項とする独占禁止法研究会措置体系見直し検討部会等の第一回会合が開催され、以降、審議が重ねられた結果、平成一五年一〇月二十八日、「独占禁止法研究会報告書」(以下、「報告書」という。)が公表された。

報告書に対してはパブリック・コメントが募集され、これに応じて寄せられた意見や同研究会での審議と並行して行われてきた関係各方面との意見交換を踏まえて、平成一五年二月二十四日、「独占禁止法改正の基本的考え方」(以下、「基本的考え方」という。)が、これに基づきさらに関係各方面との議論を経て、平成一六年五月十九日、「独占禁止法改正(案)の概要」及び「独占禁止法改正(案)の考え方」(以下、「改正案」という。)がそれぞれまとめられ公表された。⁽³⁾

改正案のポイントは多岐にわたるけれども、本稿は、このうち、特に、課徴金算定率の引上げ等について若干の考察を試みようとするものである。

(1) 「規制改革推進三年計画」は平成一五年三月二十八日の閣議決定で再改定され、改正案へと連なる具体的な措置事項が掲げられるようになった。

(2) 措置体系全体について早急に見直すこと。

(3) この間の事情について、根岸哲「独占禁止法の改正と議論の経緯」ジュリスト一二七〇号六頁以下参照。なお、公正取引委員会の上杉秋則事務総長は、平成一六年五月一二日の会見で、第一五九回国会(平成一六年通常国会)での提出を目指していた独占禁止法改正法案について「自民党内で(提出が)認められない場合は、やむを得ないと受け止めざるを得ない」と述べ、第一五九回国会での提出を事実上断念する考えを示した。そして、同年同月一四日、自民党独占禁止法調査会は、独占禁止法改正法案の国会提出見送りを決定した(読売新聞平成一六年五月一五日)。

本稿の脱稿後、改正案に対してパブリック・コメントが募集され、これに応じて寄せられた意見や関係各方面との議論を経て、第一六一回国会に独占禁止法改正法案(閣法一九号)が提出された。同法案では、改正案と比べて課徴

金の算定率の引上げ幅を圧縮するなどの変更がみられるものの、改正案の基本線は維持されており、この意味において、本稿の記述は今般の独占禁止法改正法案についても概ね妥当するといえよう。

二 改正案のポイントから

標題との関係上、本稿では考察の対象を、課徴金算定率の引上げ等という改正案のポイントのうち、特に、「課徴金の算定率を現行法の水準より引き上げること」及び「課徴金と法人に対する刑罰との間の調整規定を設けること」の二点に絞ることとするが、考察に先立ち、これら二点について整理しておきたい。

1 課徴金の算定率を現行法の水準より引き上げること⁽¹⁾

現行法では、違法カルテルの実行期間中の売上高に、事業規模及び取引段階の違いに対応する一定率（以下、「算定率」という。）を乗じて課徴金額とするという算出方法がとられているところ、改正案ではこれを維持しつつも、算定率を現行法のその二倍程度に引き上げるとともに、繰返しの違反行為（過去一〇年以内に課徴金納付命令が課されていた場合）に対して五割程度加算することとしている。改正案における算定率は、違反行為防止という行政目的を達成するために必要なものとされ、過去の事件における不当利得の水準（カルテル・入札談合による不当利得の平均値は一六・五％程度であること）、他の法令の規定（重加算税や医療保険等の不正受給の加算金等において不当利得の四割増しの金銭を徴収する制度が存在すること⁽²⁾）、違反行為を繰り返す事業者が跡を絶たない状況にあること、海外の独占禁止法制の状況等の事情を総合的に勘案した結果、得られたものとされている。

課徴金は、昭和五二年の制度創設以来一貫して、カルテル禁止規定の実効性を確保して、違法なカルテルを排

除し、公正な競争の維持という独占禁止法の目的を達成するための行政上の措置として、違反行為者からカルテル行為による経済的利得（売上高営業利益率の平均値で擬制した数値である算定率に違法カルテル実行期間中の売上高を乗じて算出されたもの）を剥奪し、カルテル行為のやり得をなくす趣旨のものであるといわれてきた。^③ それでは、改正案実現後の課徴金はどのような趣旨のものになるのであろうか。この点について立法者の態度には微妙な変遷が見られる。すなわち、報告書では、課徴金額算定の基礎には「違反行為のために社会に及ぼした経済的厚生^④の損失」が据えられていた。そして、改正案実現後の課徴金は不当利得相当額以上の金銭を徴収する措置になることから、制裁としての機能が強まるともされた。^④ ところが、その後、報告書に対してパブリック・コメントが募集されるに及び、経済界からはこのような基礎付けに対する批判が相次いだ。^⑤ そのためか、基本的考え方以降、報告書のような基礎付けにだけ頼ることはなくなり、報告書の基礎付けに加えて、改正案にみられる先ほどの諸点もまた算定率の根拠として上げられるようになった。また、改正案では「行政上の制裁」であるとの認識がはっきりと示されている。

(1) 以下、改正案のポイントに関する提案理由は改正案の説明による。

(2) 国税通則法（昭和三七七年法律六六号）六八条二項の重加算税や健康保険法（大正一一年法律七〇号）五八条三項の不正利得の徴収を指すものと思われる。

(3) 金井貴嗣「課徴金制度の見直しについて」ジュリスト一二七〇号一七頁以下参照。

(4) 報告書一七頁。報告書が、改正後の課徴金を違法カルテルによる社会的損失を違反事業者に負担又は補償させるものとのみ捉える考え方をとっていたことにはそれなりの合理性のあったことが認められる。経済学によれば、経済厚生は消費者余剰や生産者余剰を加算して求められるところ、売手が価格カルテルを結んで供給価格を引き上げれば、取引価格が上昇し取引数量が減少するほか、消費者余剰が減少する一方で生産者余剰が増加するが、前者が後者より大きい場合消費者余剰と生産者余剰の合計はカルテル実行前より減少すると説明されることになる（西村和雄・ミク

口経済学入門（第二版）（一九九五年）一八七頁以下参照）。報告書では、カルテルの実行による経済厚生への減少分（死荷重）相当額を課徴金として違反事業者から徴収することを以て「違法カルテルによる社会的損失を違反事業者に負担又は補償させ」とようと考えられていたといえよう。そして、課徴金が違法カルテルによって減少した経済厚生への補填にとどまる限り、そのような原状回復的措置である課徴金を刑罰と併科しても憲法上の二重処罰の禁止に違反することはないと考えられていたものと思われる。しかし、改正後の課徴金が原状回復的措置であるのか否かを判断するには財物や経済的利益の法的帰属如何も問題となってくるにもかかわらず、そこで経済的合理性の観点からのみその正当性を主張することには必然的に困難が伴わざるを得なかったわけである。

（5）例えば、「仮に、社会的損失を考慮するとしても、社会的損失は業種、行為形態等によって大きく異なるものであり、一律に売上げに一定の率を乗じたものを損失とみなすような大雑把な方法は許されない」（全国建設業協会「独占禁止法研究会報告書」に対する本会意見について）（平成一五年一月一日）や「課徴金の被害者に対する」還元の仕事がない限り、違反者に対して社会的損失を負担させることを合理的な措置として認めることは困難であって、還元の仕組みや他の措置との整合性がないまま課徴金の法的性格を『社会的損失の原因者負担』に変更するのであれば、課徴金は一種の刑事制裁と評価せざるを得ない」（経営法友会「独占禁止法研究会報告書」に関する意見）（平成一五年一月一日）などである。このほか、金井・前掲一八頁以下参照。

2 課徴金と法人に対する刑罰との間の調整規定を設けること

法人たる事業者が罰金刑の有罪判決があった場合、罰金相当額の半分を課徴金額から控除する調整措置を新設するといふものである。すなわち、改正案実現後の課徴金は、カルテル・入札談合等の違反行為防止という行政目的を達成するため、不当利得相当額を超える金銭を徴収する行政上の措置であるところ、刑罰は、過去の違反行為の反社会性・反道徳性に着目し、違反行為に対する応報の観点から、違反行為者に対して道義的非難を加えることを本旨とし、これに伴い違反行為の抑止（一般予防）効果も期待するものであるから、課徴金と刑罰につ

いて、その趣旨・目的・性質・内容を比較した場合、基本的に異なるものと考えられるものの、課徴金は違反行為防止を目的とし、刑罰は違反行為の抑止（一般予防）効果も一つの効果として期待されるという意味で、両者に共通する部分が存在することは否定できないため、違反行為防止という行政上の目的を踏まえ、課徴金の額から罰金額の二分の一に相当する額を控除する調整規定を設けることが適当であるとの判断によるものである。これによって、違反行為防止という行政目的を達成する上で必要以上に過重な負担を課すことにはならず、憲法上の問題が生じないというのである。

このような提案は報告書にはみられないものであった。報告書では、改正後の課徴金は違法カルテルによる社会的損失をその原因者である違反事業者に負担又は補償させ、社会的公正を確保するという行政目的を達成するためのものであること、違法カルテル実行期間中の売上額に一定率を乗じて課徴金額を算出するというやり方に変わりがなく、課徴金の加算も法定の客観的要件に該当する場合に機械的に行われること等から、改正後の課徴金と刑罰とは趣旨、目的や手続を異にしているため、両者を併科しても憲法上の二重処罰の禁止に違反しないと考えられていた^①。ところが、経済界は、報告書に対して、「不当利得の剥奪を超えて課徴金を課すのであれば、そのような課徴金は、もはや『制裁』であり、刑事罰との併科は憲法上の『二重処罰の禁止』に抵触することとなる。加えて、報告書が『加算』の要件とする再犯、長期間の違反、大規模企業による違反、役員の関与は、いずれも反社会性・反道徳性・有責性を問う要因であり、ここに犯則手続を導入すれば、その趣旨、目的、手続を同一とし、刑事罰そのものである。これら要因は、司法手続の中でこそ評価されるものであり、行政処分としてこのような『加算』制度を導入することは、容認できない」、「一定の要件の下に課徴金額の加算を行う制度の導入が、課徴金に『制裁』としての性格を認めない限り理論的に困難であることは自明の理であり、前記のような課徴金の法的性格の問題について充分な整理が行われ、EU型の『制裁金』が導入される場合に初めて可能となるものである。現在のような法的性格の曖昧な課徴金のままで加算制度を導入することには反対する」と

いうコメント⁽²⁾をはじめ、従来、カルテルに対して課徴金と刑罰とを併科することが憲法上の二重処罰の禁止に違反するのではないかという疑いがもたれてきたなかで、改正後の課徴金と刑罰とを併科するとなると、もはや二重処罰の禁止に違反する疑いがますます濃くなるとの論調で応じてきた⁽³⁾。前述のとおり、基本的考え方以降、改正後の課徴金を違法カルテルによる社会的損失を違反事業者に負担又は補償させるものとのみ捉える考え方が放棄され、改正後の課徴金に係る算定率の基礎付けに当たって前述の諸点が援用されていることに鑑みると、少なくとも改正後の課徴金に過去の違反行為に対する制裁としての意味合いが強まることや加算制度の創設により違反行為の悪質さに対処しようとする姿勢がとられていることは否定できないから、改正後の課徴金の趣旨は刑罰のそれに幾分接近することになるといわざるを得ない。課徴金と刑罰とでは趣旨、目的や手続を異にしていることに両者を併科しても憲法上の二重処罰の禁止に違反しないことの根拠を求める限り、改正案にいう趣旨の課徴金を刑罰と併科することに対しては、憲法上の二重処罰の禁止との関係で異論の出ることが十分に予想されたはずであるから、課徴金と法人に対する刑罰との間の調整規定を設けることとなったのは、このような異論に因應するための措置を導入する必要に迫られたからであると解するのが素直な見方であろう⁽⁴⁾。この間の事情は、再度募集されたパブリック・コメントに応じて寄せられた意見のうち、経済界の意見からは憲法上の二重処罰問題を指摘するものが姿を消し、罪刑均衡原則（憲法三一条）違反の問題に関する指摘だけが残されたことからもうかがわれる⁽⁵⁾。

- (1) 報告書一九頁参照。
- (2) 日本経済団体連合会「『独占禁止法研究会報告書』に対する意見」（平成一五年二月二八日）。
- (3) 山中敬一ほか・経済刑法の形成と展開（平成八年）一八頁等。
- (4) 本文に例示したもののほかには、「社会的損失は算定の仕方によっては、課徴金の性格を根本的に変え、懲罰的な制

裁金制度への転換となる可能性が高い」(経済同友会『独占禁止法研究会報告書』に対する意見)(平成一五年一月一日)、「抑止力の強化のために制裁の意味合いを持って課徴金の引上げを行うのであれば、もはや『制裁』ペナルティ」であり、刑事罰との間で憲法上の『二重処罰の禁止』に抵触する可能性を一層高めるのではないか。一定の要件の下に課徴金額の加算を行う制度の導入は、課徴金に『制裁』としての性格を認めない限り理論的に困難であると考えられ、課徴金の法的性格の問題について十分な整理が行われる必要がある(日本商工会議所・東京商工会議所『独占禁止法研究会報告書』に対する意見)(平成一五年一月一日)、「仮に、社会的損失を考慮するとしても、社会的損失は業種、行為形態等によって大きく異なるものであり、一律に売上げに一定の率を乗じたものを損失とみなすような大雑把な方法は許されない。違反事業者に対しては、課徴金のほかに罰金、違約金、損害賠償請求、株主代表訴訟、入札の指名停止、営業停止、事業許可の取り消し等の不利益・制裁措置が課され、それぞれが次第に強化されてきている。違反行為と不利益措置とは、総合的に評価してバランスが取れているべきであり、現在は、課徴金を引き上げるべき状況ではない」(全国建設業協会「独占禁止法研究会報告書」に対する本会意見について)(平成一五年一月一日)、「被害者に対する課徴金」還元の仕事が限り、違反者に対して社会的損失を負担させることを合理的な措置として認めることは困難であって、還元の仕組みや他の措置との整合性がないまま課徴金の法的性格を『社会的損失の原因者負担』に変更するのであれば、課徴金は一種の刑事制裁と評価せざるを得ない」、「課徴金と刑罰とを併科しても憲法上の二重処罰の禁止に違反しないとする報告書の」解釈はあまりに形式的であり、景気による企業の利益率の低下により、現行の課徴金の水準は、すでに実質上『制裁』として機能している点を見過ごしてはならない。さらなる課徴金の水準の引上げ・加算制度の導入は、前述のとおり、課徴金の法的性格が『社会的損失の原因者負担』と変更されることが論理的に正当化されないことと相まって、まさに制裁を課すことを目的として行われるものにはかならず、『二重処罰の禁止』『罪刑均衡原則』という憲法上の問題が生じる」、「二重処罰問題に関する判例や審決といえども」もともと制裁とは別の目的で設けられた措置を、違反者に対して合理的根拠に基づき適用することは、結果的に制裁的效果があるとしても違憲ではないと述べているにすぎないのである。課徴金の法的性格を『社会的損失の原因者負担』と変更した上で、課徴金算定率のさらなる引上げまたは加算制度を導入することは、企業に制裁を課す目的と評価し得ることから、審判決を引用して憲法三九条に違反しないすることは根拠を欠いている」、「ペ

ナルティの加算は悪質性・有責性を考慮しない限り正当化が難しく、本報告書のように課徴金の法的性格を『刑事制裁とは異なる』とする立場をとれば、加算制度の導入は不可能である」(経営法友会『独占禁止法研究会報告書』に関する意見)(平成一五年二月一日)、「企業の利益率が低下した最近の状況においては、六%でも既に不当利得を超えた実質的制裁の水準にあるとの見方もある中で、社会的損失を含めこれを更に大幅に引き上げるのは明らかに制裁の領域に入り、『二重処罰』に当たる」、「社会的損失というのは社会が受ける間接的な被害概念であって、明確な根拠がなく引き上げられた課徴金は、『確実に儲けた不当利得』から明らかに逸脱した制裁の意味でしか位置づけられない」、「課徴金の目的の一つとして、将来の不作为義務の履行を促すという面のあることは否定しないが、刑事罰の罰金であっても、罰金刑を科すことによって犯人に対する抑止効果、一般人に対する抑止効果を考慮にしていることから、当該目的がある故に刑事罰とは目的を異にして二重処罰に当たらないとはいえない」、「加算制度に主観的要件を持ち込むこと自体、機械的に徴収するという課徴金の性格と相容れるのか。機械的に課したり、加算する制度なら制裁でなくなるわけではない」、「再度の違反、長期の違反等を要件として加算するのは、課徴金が刑罰や制裁金でないとの立場を堅持するならば不可能と考えられる。特に、大規模な企業者による違反や役員の関与によって加算する場合は制裁として加算するとしか説明できないと考えられる」(日本建設業団体連合会・日本土木工業協会・建築業協会『独占禁止法研究会報告書』に対する意見)(平成一五年二月一日)、「課徴金制度については、不当利得の剥奪である課徴金の率が六%と不況下の経済実態と乖離しているなかで、憲法が禁じる二重処罰の禁止に該当するおそれがある。近年のデフレ等により企業の売上高営業利益率が低下していることを勘案すれば、課徴金の算定率はむしろ引下げるべきである。まして、課徴金の率を六%からさらに引き上げるのであれば、制裁としての側面が強まり、二重処罰の禁止に該当することはいなめず、また、罪刑均衡の問題も生じる」、「課徴金に加算の制度を導入することは、課徴金の法的性格に制裁としての性格を認めないかぎり理論的に困難であり、かつ社会的損失の概念とも矛盾する」(関西経済連合会「独占禁止法見直しに関する意見」)(平成一五年二月一日)などというのである。もちろん、パブリック・コメントの中には報告書の提言に賛成するものもある(日本弁護士連合会『独占禁止法研究会報告書』に対する意見書)(平成一五年一月二二日)、全国消費者団体連絡会「独占禁止法研究会報告書に関する意見」(平成一五年一月二二日)、日本生活協同組合連合会「独占禁止法研究会報告書に関する意見」(平成一五年一月一九日)。

(5) 根岸・前掲一二頁参照。とりわけ、「刑事罰と課徴金が併科される現行制度を抜本的に改め、課徴金をE・U型の『制裁金』に改めつつ、行政上の制裁と刑事制裁の関係を整理するか、少なくとも、制裁としての課徴金を課す事案においては、法人に対する刑事罰を科さない体系とすることを検討すべきである」(日本経済団体連合会『独占禁止法研究會報告書』に対する意見)(平成一五年一月二八日)とのコメントに対処しようとしたものと思われる。

(6) 報告書で検討対象とされた憲法上の問題には、二重処罰問題のほか、罪刑均衡原則違反問題も含まれていた(二〇頁)。そこでは「加算制度の導入等により、課徴金の水準を違反行為による損失相当の水準まで引き上げたとしても、不利益の総体は、違反行為によって生ずる被害と比較して著しく不均衡なものになるとはいえない」とされていたが、基本的考え方で降、改正後の課徴金を違法カルテルによる社会的損失を違反事業者に負担又は補償させるものとのみ捉える考え方が放棄されたことに伴い、課徴金と法人に対する刑罰との間の調整規定を設けることによって罪刑均衡原則違反の疑いをも払拭することが企図されたものと思われる。改正案に対して募集されたパブリック・コメントでは、「課徴金は従来、『カルテルによって違反行為者が得た経済的利益を国が徴収する仕組み』であり、『不当利得の剥奪』であって『制裁』ではないと説明されながら『制裁的機能』を有するという『ぬえ的な性格』であった。今回の改正案は、課徴金制度は『行政上の制裁』であることを認めた上で、刑事罰との間で『調整』を行う方針を打ち出した。課徴金が制裁であるとしたことは、当会の再三にわたる問題点の指摘に答え、昭和五二年に課徴金が導入されて以来の公正取引委員会の公式説明を全面的に改めたことになり、従来の立場から一歩踏み出したものと理解できる。しかしながら、前述の通り、事案の悪質性・重大性に拘らず、制裁としての課徴金を画一的・機械的に算定するという硬直的な仕組みを維持している。これでは、従来の『課徴金のぬえ的な性格』による措置体系の歪みが改まったとはいえないばかりか、課徴金の引き上げにより、歪みはさらに拡大してしまう。刑事罰と課徴金の根拠や両者の関係が明らかにされておらず、なぜ『罰金額の二分の一を課徴金から差し引く』ことによって調整できるのか、合理的な根拠がない。むしろ、法人に対しては課徴金に一本化し、刑事罰は行為者個人のみを対象とするのが簡明である」として公正取引委員会による二重処罰問題への対応には一定の肯定的な評価を与えつつも、なお「課徴金が『行政上の制裁』であることを明確にした以上、その程度が違反行為の悪質性・重大性に見合ったものにならない。違反行為に係る売上げに一定率を乗じて、画一的に金額を算定する方式を維持した上で、一定率を大幅に引き上げる

ことは、事案の内容に比して不当に重い制裁が科されることになる恐れがあり、憲法三一条の適正手続の保障の趣旨から問題である」として、憲法三一条違反の疑いを拭えないことが指摘されていた（日本経済団体連合会『独占禁止法改正（案）の概要』に対するコメント）平成一六年六月二五日）。

三 改正案に含まれているといわれる問題点

1 二重処罰問題とは？

このように、課徴金と法人に対する罰金との間の調整規定を設けることと二重処罰問題とのあいだには深いつながりのあることがうかがわれる。ここで二重処罰問題とは、対価に係る違法カルテル等に対して課徴金と刑罰とを併科することが憲法三九条後段で禁止される二重処罰に当たらないかというものである。⁽¹⁾ 憲法三九条後段の解釈については争いがあり、課徴金と刑罰とを併科することが憲法三九条後段に違反するとしても、それは二重処罰の禁止に違反するからだと言断することは許されないけれども、同条後段についていずれの解釈に従うにせよ、課徴金と刑罰とを併科することが憲法三九条後段に違反するの可否かは、課徴金を刑罰と同一視するの可否にかかっているといつてよい。⁽²⁾⁽³⁾

(1) 神山敏雄・独禁法犯罪の研究（平成一四年）四四頁以下参照。

(2) 憲法三九条前段後半と後段の意味について、①両者ともに一事不再理を定めたものであるという説（佐藤幸治・憲法〔第三版〕（平成七年）六〇九頁）、②前段後半は一事不再理を、後段は二重処罰の禁止を定めたものであるという説（田上穰治編・体系憲法事典（一九六八年）〔和田秀夫〕三三三頁以下）、③両者ともに二重の危険の禁止を定めた

ものであるという説（最判昭和二五年九月二七日刑集四卷九号一八〇五頁）などが対立している。①によると、課徴金を刑罰と同一視するならば、課徴金納付命令の取消判決が確定した後に同一事実に基づき不当な取引制限の罪について有罪判決を出すことが禁止されるのはもちろん、課徴金納付命令が確定した後、その課徴金納付命令を変更するかたちで不当な取引制限の罪についてより厳しい内容の有罪判決を出すことも禁止されることになるであろう。次に、②によると、課徴金を刑罰と同一視するならば、課徴金納付命令と不当な取引制限の罪に関する有罪判決を同時に出すことも許されなくなるであろう（小林直樹・憲法講義上「新版」（一九八〇年）五〇二頁参照）。最後に、「無罪とされた」という憲法三九条の文言に忠実に判決が確定したときに公訴棄却の申立てをすることのできる危険が発生したと解し（法学協会編・註解日本国憲法上巻（昭和二八年）六八〇頁参照）、かつ、課徴金を刑罰と同一視するならば、③によると、課徴金納付命令の取消判決が確定した事実について提起された不当な取引制限の罪に関する公訴は棄却されることになるであろう（大塚喜一郎「二重危険の原則の適用について」判例タイムズ二二二三〇頁以下参照）。

(3) そもそも憲法三九条で問題となっているのは、刑事上の責任についてであって、同一の事実について行政上の責任と刑事上の責任とを問うとしても、本条違反の問題は起こらないと解されることが多いようであり（芦部信喜・憲法新版補訂版（一九九九年）二二八頁、佐藤・前掲参照）、名目は行政罰であっても実質的にみると刑罰的色彩の強いものと刑罰とを併科することに憲法三九条違反の疑いがあるとの解釈（小林・前掲四六九頁、佐藤・前掲五九〇頁以下、芦部・前掲二二〇頁、最大判平成四年七月一日民集四六卷五号四三七頁等）は一般的なものではない（法学協会編・前掲六八三頁では、このような疑いのある刑罰以外の不利益処分として、法廷等の秩序維持に関する法律に定める監置が上げられている）。しかし、後述のとおり、最高裁判例も刑法に刑名のある制裁であるのか否か（罰金か秩序罰としての過料かなど）という形式だけを根拠に刑罰と刑罰以外の不利益処分との併科によって憲法三九条違反の問題が起るのか否かを決しているわけではないから、二重処罰問題について論じることには意味がないとは思われない（高木光「独占禁止法上の課徴金の根拠づけ」NBL七七四号二三頁以下参照）。

なお、課徴金と刑罰とを併科することが憲法上の二重処罰の禁止に違反するのではなく、罪刑均衡原則違反になるとの指摘は、佐伯仁志「二重処罰の禁止について」内藤謙古稀祝賀論文集三〇〇頁以下、「対話で学ぶ行政法第6回刑事法との対話」〔川出敏裕発言〕法学教室二五四号に代表される（大久保太郎・最高裁判所判例解説刑事篇昭和四五年

度二〇五頁以下参照)。基本的考え方以降、改正後の課徴金を違法カルテルによる社会的損失を違反事業者に負担又は補償させるものとのみ捉える考え方が放棄され、新たな課徴金コンセプトの下で憲法上の問題を回避するために課徴金と法人に対する刑罰との間の調整規定を設けることとされたこと、このような方向での変更が行われた後においても、改正案の課徴金には引き続き罪刑均衡原則違反という憲法上の問題のあることが経済界から指摘されていること、いずれも前述のとおりである。すなわち、課徴金と法人に対する刑罰との間の調整規定を設けることとする変更は、憲法上の二重処罰問題を解決するのには役立ったけれども、罪刑均衡原則違反問題が未解決のまま残っていると評価されているわけである。報告書における課徴金の下では憲法上の二重処罰問題と罪刑均衡原則違反問題がともに生じることから、基本的考え方以降、その原因をなす課徴金の趣旨を変更するとともに、改正案では、課徴金と法人に対する刑罰との間の調整規定を設けるという変更を行ったのであるから、憲法上の問題は解決されるか、少なくともその重要性を低下させているはずである。それにもかかわらず、憲法上の問題として罪刑均衡原則違反問題が生じると言われ続けているのは、報告書における課徴金の趣旨に起因する憲法上の問題は課徴金と法人に対する刑罰との間の調整規定を設けることによって解決することができるかもしれないけれども、基本的考え方によって課徴金の趣旨が変更されたため、これによって新たに罪刑均衡原則違反問題を生じることになったという事実を反映していると解することもできるが、このほか、従来、二重処罰問題といわれてきたものが実は罪刑均衡原則違反問題であるという先ほどの有力説に触発されてのことといえなくもない。そこでは、二重処罰の禁止と解されてきたものは実は二重訴追の禁止という手続法上の問題にはかならず、課徴金と刑罰とを併科することによって生じる実体法上の問題は罪刑均衡原則違反問題だと解されている。前掲最判昭和二五年九月二七日における澤田竹治郎、斉藤悠輔両裁判官の補足意見参照。

2 二重処罰問題に関する判例・審決・学説の状況

(1) 判例・審決

先ず、二重処罰問題に関する判例と公正取引委員会の審決の態度について概観しておきたい。この問題を正面から取り上げたのは、いわゆる業務用ストレッチフィルム事件に関する①東京高判平成五年五月二一日(判例時報一四七四号三一頁)であり、「独禁法による課徴金は、一定のカルテルによる経済的利得を国が徴収し、違反行為者がそれを保持し得ないようにすることによって、社会的公正を確保するとともに、違反行為の抑止を図り、カルテル禁止規定の実効性を確保するために執られる行政上の措置であつて、カルテルの反社会性ないし反道徳性に着目しこれに対する制裁として科される刑事罰とは、その趣旨、目的、手続等を異にするものであり、課徴金と刑事罰を併科することが、二重処罰を禁止する憲法三九条に違反するものではない」と判示した。

社会保険庁目隠しシール談合事件に関する②公取委審判審決平成八年八月六日(判例時報一五八八号六六頁)もまたこの問題に言及している。すなわち、課徴金とは「社会的公正を確保すると同時に違反行為の抑止を図りカルテル禁止規定の実効性を確保するという」「公益的な行政目的」を追求する制度であり、「課徴金を命ずる手続は、専ら行政手続として定められて」おり、また、独占禁止法が「公正取引委員会に対し、課徴金の納付命令発付及び金額に関する裁量を認めず、画一的に納付命令を発することを義務付けている」ことは「通常の刑罰法規においては当然の前提とされる起訴便宜主義、量刑の裁量主義と相容れず、課徴金が道義的非難に基づく規範的応報ないしは矯正教育とは位置付けられていないことが示されている」のに対して、不当な取引制限の罪に対する刑罰は「カルテル参加事業者の行為の反社会性、反道徳性、罪悪性に着目してこれに対する道義的非難に基づいて規範的応報ないしは矯正教育として制裁を加える趣旨に出て」おり、「その処罰の手続が刑事訴訟手続による」というように課徴金と不当な取引制限の罪に対する刑罰の特徴をそれぞれ明らかにした上で、「行為の反

社会性、反道徳性、罪悪性に対する道義的非難に基づく規範的応報ないしは矯正教育としての制裁の性格は帯びていない」という意味で、「そのような制裁（この趣旨の狭義の「制裁」を「刑罰としての制裁」ということができる。）として科される刑罰とは明らかに趣旨、目的及び手続を異にするということができ、カルテル参加事業者の行為を犯罪としその行為を実質的に処罰する趣旨で課徴金が課されるとは到底いえない」から、「独占禁止法上の課徴金と刑罰との間には元来二重処罰の関係はない」、たとえ課徴金が広義の制裁に含まれるとしても、課徴金と刑罰とは「法律的に性格が異なる以上は、行政処分にも多少なりとも制裁性があるときであっても刑罰との間で二重処罰の問題を生じないことは、同一の事件に対し講学上いわゆる懲戒罰の行政処分が刑罰と重ねて課される場合」^①に関する判例の趣旨に照らして明らかだといえるのである。

さらに、③最判平成一〇年一〇月一三日（判例時報一六六二号八三頁）、社会保険庁目隠しシール談合事件における課徴金納付を命じる審決取消請求事件に関するものであるが、もまた、この問題について「本件カルテル行為について、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律違反被告事件において上告人に対する罰金刑が確定し、かつ、国から上告人に対し不当利得の返還を求める民事訴訟が提起されている場合において、本件カルテル行為を理由に上告人に対し同法七条の二第一項の規定に基づき課徴金の納付を命ずることが、憲法三九条、二九条、三一条に違反しないことは」最大判昭和三十三年四月三〇日（民集一二巻六号九三八頁）の趣旨に徴して明らかであると判示している。

このように、課徴金と刑罰とを併科したとしても憲法三九条に違反しないというのが判例及び審決の一貫した態度といえることができる。

ところで、これら三件の判例及び審決には、課徴金と刑罰とについて両者の趣旨、目的、手続等の異同を比較するという共通の判断枠組みが用いられていた。このような判断枠組みは、独占禁止法上の課徴金と刑罰との併科が憲法上の二重処罰の禁止に違反するの否かという問題に際してはじめて用いられるようになったわけでは

ない。同一事実に対して刑罰と刑罰以外の不利益処分とを併科することが憲法上の二重処罰の禁止に違反するの
 か否かという問題に取り組む際にみられる判断枠組みとして判例上なじみのないものではなかった。そこで、次
 に、このような判断枠組みを示す判例その他二重処罰問題を考察するに当たって参考となる判例を概観しておき
 たい。

先ず、④前掲最大判昭和二五年九月二七日は、検察官の上訴が憲法三九条後段に違反しないと判断するに当たっ
 て、その法意は実質的に一事不再理に等しいとの解釈を示した²。

⑤最判昭和二九年七月二日（刑集八巻七号一〇〇九頁）は、④を引用しつつ、「弁護士法に規定する懲戒はも
 とより刑罰ではないのであるから被告人が弁護士法に規定する懲戒処分を受けた後更らに同一事実に基づいて刑事
 訴追を受け有罪判決を言渡されたとしても二重の危険に曝されたものということ」はできないと判示したが、弁
 護士法上の懲戒と刑罰との異同について実質的な判断はみられない。

⑤に対して⑥以降の判例は、刑罰以外の不利益処分と刑罰との実質的な違いに着目して二重処罰問題に取り組
 んでいる点で共通している。その意味では、⑥こそこの問題に関するリーディングケースであり、また、課徴金
 と刑罰との関係に関する前掲判例①が参考にしたと思われる、また、前掲判例③が引用しているという意味でも、
 この問題に直接関係するリーディングケースといえるであろう。

さて、⑥前掲最大判昭和三三年四月三〇日は、法人税法所定の旧追徴税についてその制裁性を肯定しつつも「申
 告納税の実を挙げるために、本来の租税に附加して租税の形式により賦課せられるものであつて」、「単に過少申
 告・不申告による納税義務違反の事実があれば、同「四三」条所定の已むを得ない事由のない限り、その違反の
 法人に対し課せられるものであり、これによつて、過少申告・不申告による納税義務違反の発生を防止し、以つ
 て納税の実を挙げんとする趣旨に出でた行政上の措置であ」り、「行政機関の行政手続により租税の形式により
 課すべきもの」と特徴付けるのに対して、逋脱犯に対する刑罰については「詐欺その他不正の行為により云々」

の文字からも窺われるように、脱税者の不正行為の反社会性ないし反道義性に着目し、これに対する制裁として科せられるもの」とし、両者は性格を異にするから両者を併科したとしても憲法三九条に違反しないと結論付けている。^③

⑦最判昭和三四年四月九日（刑集一三卷四号四四二頁）は、④及び最大決昭和三三年一〇月一五日（刑集一二卷一四号三二九一頁）^④を引用しながら、被告人が法廷等の秩序維持に関する法律に定める監置の制裁を受けた後、さらに同一事実に基づいて刑事訴追を受け有罪判決を言い渡された場合について、「法廷等の秩序維持に関する法律によつて裁判所に属せしめられた権限は、直接憲法の本質、つまり司法の使命とその正常、適正な運営の必要に由来するもので、いわば司法の自己保存、正当防衛のために司法に内在する権限、司法の概念から当然演繹される権限であり、憲法のいずれかの法条に根拠をおくものではなく、従つて、前記法律による制裁は、従来の刑事的、行政的処罰のいずれの範疇にも属しないところの、右法律によつて設定された特殊の処罰であると解すべきことは当裁判所の判例とするところである・・・。それ故、被告人が、刑事的または行政的の処罰のいずれの範疇にも属していないところの法廷等の秩序維持に関する法律による監置の制裁を受けた後、更らに同一事実に基づいて刑事訴追を受け有罪判決を言渡されたとしても、憲法三九条にいう同一の犯罪について重ねて刑事上の責任を問われたものということ」はできないと判示した。法廷等の秩序維持に関する法律に定める監置の制裁を憲法上の司法概念に直接由来する権限に基づく特殊な制裁と捉え、これと刑罰とを併科したとしてももとより憲法上の二重処罰の問題は起こりようがないというのである。

⑧最判昭和三九年六月五日（刑集一八卷五号一八九頁）は、④、⑤、⑥及び⑦を引用しながら、刑事訴訟法上の証言義務違反に対する過料と刑罰（罰金・拘留）との関係について「刑訴一六〇条は訴訟手続上の秩序を維持するため秩序違反行為に対して当該手続を主宰する裁判所または裁判官により直接に科せられる秩序罰としての過料を規定したものであり、同一六一条は刑事司法に協力しない行為に対して通常の刑事訴訟手続により科せら

れる刑罰としての罰金、拘留を規定したものであつて、両者は目的、要件及び実現の手續を異にし、必ずしも二者択一の関係にあるものではなく併科を妨げないと解すべきであり、右規定が憲法三一条、同三九条後段に違反しない」と判示した。

また、⑨最判昭和四五年九月一日（刑集二四卷一〇号一三三三頁）は、⑥及び最判昭和三六年七月六日（刑集一五卷七号一〇五四頁）^⑤を引用しながら、国税通則法に定める重加算税と通脱犯に対する刑罰とを併科することについて、「国税通則法六八条に規定する重加算税は、同法六五条ないし六七条に規定する各種の加算税を課すべき納税義務違反が課税要件事実を隠ぺいし、または仮装する方法によつて行なわれた場合に、行政機関の行政手續により違反者に課せられるもので、これによつてかかる方法による納税義務違反の発生を防止し、もつて徴税の実を挙げようとする趣旨に出た行政上の措置であり、違反者の不正行為の反社会性ないし反道徳性に着目してこれに対する制裁として科せられる刑罰とは趣旨、性質を異にするものと解すべきであつて、それゆゑ、同一の租税通脱行為について重加算税のほかに刑罰を科しても憲法三九条に違反するものでない」と判示した。本件の重加算税は⑥で取り上げられた追徴税の後身に当たるから、本判決が⑥を引用する限り、当然予想された結論であるといえよう。なお、本判決は上告趣意にいう憲法三一条（罪刑均衡原則）違反の主張についても、「憲法三一条が所論のごとき事項を保障する規定であるかどうかは別にして、前述のごとく、罰金と重加算税とは、その趣旨、性質を異にするものであり、そして、所論改正前の所得税法六九条の罰金刑は、同条にその寡額の定めがなく、情状により比較的軽く量定されることもありうるのであるから、同条の罰金刑の規定自体が著しく重いということとはできない」と判示してこれを排斥している。

このように、同一の事実に対して刑罰と刑罰以外の不利益処分とを併科することが憲法上の二重処罰の禁止に違反するの否かを判断するに当たつて、両者の趣旨、目的、要件、実現手續等について比較するという判断枠組みが一般的なものであることが分かる。⑧については、⑥のほかに④や⑤を引用しているので、刑罰と刑罰以

外の不利益処分との異同について実質的な判断をするには及ばないと解しているのではないかとの疑いが残らないわけではないけれども、⑥、⑧及び⑨はともに、同一事実に対して刑罰と刑罰以外の不利益処分とを併科することが許されるのかという問題には、刑罰と刑罰以外の不利益処分とを定める法令の解釈として認められるのかという問題とそれが認められるとしても憲法上の二重処罰の禁止に違反しないのかという問題の二つが含まれていることを踏まえ、刑罰と刑罰以外の不利益処分の趣旨、目的、要件、実現手続等について比較するという判断枠組みをこれら二つの問題のいずれを解決するに当たっても用いているとみるべきであろう。

(2) 学説

他方、学説は、二重処罰問題にどのように取り組んできたのであろうか。

先ず、独占禁止法上の課徴金と刑罰とを併科することが憲法上の二重処罰の禁止に違反しないと解するのが通説⁽⁶⁾といつてよいと思われる。そして、独占禁止法上の課徴金と刑罰とを併科することが憲法上の二重処罰の禁止に違反しないと解する説と違反すると解する説とを通覧して気付くのは、課徴金が制裁であるのか否かをメルクマールにする説が少なくないことである。

課徴金が制裁ではないから刑罰と併科したとしても二重処罰の禁止に違反しないという主張⁽⁷⁾は、前掲公取委審判審決②にその典型をみることができるよう、制度設計上の趣旨を重視し、課徴金は違法カルテルによる不当利得の剥奪という原状回復的措置として設けられたものであるから刑罰としての制裁性をもたないことをその根拠としている。

この対極にあるのが、課徴金が制裁であることを理由に刑罰との併科が二重処罰の禁止に違反するという主張である⁽⁸⁾。ここでは、課徴金と刑罰とりわけ罰金はともに実質的な金銭的制裁であるとされるとともに、ドイツやアメリカでは我が国と異なり独占禁止法違反行為に対して課徴金と刑罰のどちらか一方だけを科する制度になっ

ていることが引合いに出されることが多い。

これらを両極端として、そのほか、追徴税に制裁性を認めつつも刑罰と併科することが二重処罰の禁止に違反しないと解する前述の判例⑥に従い、課徴金が制裁性をもつとしても刑罰と併科することが二重処罰の禁止に違反しないとする見解や、課徴金額が違法カルテルによる不当利得を超える場合には課徴金に制裁性を認めつつも、制裁性という特徴を決定的なメルクマールとはせずに、刑罰との併科の必要性や合理性（課徴金と刑罰との間における趣旨、目的、要件や実現手続の異同はこの中で考慮される。）及び併科した場合と併科しなかった場合に違反行為者が被る現実的不利益の大きさと併せて総合的に評価しようとする見解もみられる。⁽¹⁰⁾

ところで、既にみたとおり、課徴金と刑罰とを併科することが憲法上の二重処罰の禁止に違反するの可否かという問題は、課徴金を含めた刑罰以外の不利益処分一般と刑罰とを併科することが二重処罰の禁止に違反するの可否かというより大きな問題の中で取り扱うことができる。そこで、課徴金を除く刑罰以外の不利益処分と刑罰とを併科することが二重処罰の禁止に違反するの可否かという問題に関する学説の状況についても注意を払う必要がある。その際、注目されるのは、課徴金の場合と異なり、前述の判例の事案に現れた追徴税・重加算税や証言義務違反に対する過料など刑罰以外の不利益処分に制裁性を認める見解が多数を占めるということである。その上で、制裁性を具えていることを理由に刑罰との併科は二重処罰の禁止に違反するという見解と、制裁性という特徴を決定的なメルクマールとはせずに、刑罰との併科の必要性や合理性（課徴金と刑罰との間における趣旨、目的、要件や実現手続の異同はこの中で考慮される。）併科した場合と併科しなかった場合に違反行為者が被る現実的不利益の大きさと併せて総合的に評価しようとする見解とに分けることができる。もちろん、刑罰以外の不利益処分に制裁性を認めつつも、前述の判例と同じ判断枠組みを用いて刑罰との併科が二重処罰の禁止に違反しないと結論付ける見解の主張されていることも忘れてはならない。⁽¹³⁾

- (1) 後述の判例⑤を指しているものと思われる。
- (2) 佐藤・前掲参照。
- (3) なお、この判例には、下飯坂潤夫裁判官の補足意見が付けられている。ここでは、法人税法所定の追徴税は法人税そのものであるから、憲法三九条後段についてどのような解釈に従おうとも、追徴税と通脱犯に対する刑罰とを併科することが憲法上の二重処罰問題を惹起しないと述べられている。そのため、追徴税を憲法問題として取り上げるのであれば、憲法三〇条や三一条に関連させられるべきであろうとされている。三一条と関連させてどのような憲法問題が惹起されることになるのかという点まで明らかにされていないが、追徴税と通脱犯に対する刑罰とを併科することが罪刑均衡原則違反問題を惹起することまで否定されているわけではない。他方、追徴税が法人税そのものであることの根拠として法人税法旧規定四三条の「割合を乗じて算出した金額に相当する法人税を追徴する」という文言が明示されている。この文言の中には、追徴税額の算出方法と追徴税を法人税として徴収することの二点が含まれているが、補足意見が後者のみならず前者をも指摘しているのは、追徴税額が事実として申告されなかった課税標準に一定率を乗じて算出されるという追徴税額の算出方法が通脱犯に対する刑罰の量定とは異なることを示すことによつて、追徴税と通脱犯に対する刑罰との異質性を強調したかったからではないかと思われる。なお、現行の法人税法一五九条二項では、罰金額を通脱額と連動させることが認められており、その限りでは、追徴税額の算定方法と罰金額の量定方法とに共通性が認められるようになっていいる。
- (4) 法廷等の秩序維持に関する法律による制裁は従来の刑事的行政的処罰のいずれの範疇にも属しないところの、本法によつて設定された特殊の処罰であること、同法は、裁判所または裁判官の面前その他直接に知ることができる場所における言動つまり現行犯的行為に対し裁判所または裁判官自体によつて適用されるものであること、従つてこの場合は令状の発付、勾留理由の開示、訴追、弁護人依頼権等刑事裁判に関し憲法の要求する諸手続の範囲外にあるのみならず、またつねに証拠調を要求されているわけではないこと等を判示したもの。
- (5) 同一の行為について法人税法旧規定四三条の二の重加算税のほかに刑罰を科しても憲法三九条後段に違反しないことを判示したものであるが、⑥を引用するのみで特に理由を示していない。
- (6) 根岸哲・舟田正之・独占禁止法概説(二〇〇〇年)三〇一頁等。

(7) 正田彬「課徴金(1)―課徴金と刑罰との関係」別冊ジュリスト独禁法審決・判例百選「第五版」六五頁、阿部泰隆「課徴金制度の法的設計」政策法学の基本指針「行政法研究双書二二」(平成八年)二三一頁以下、高橋則夫「特別刑法判例研究二六業務用ストレッチフィルム価格カルテル事件」判例タイムズ九一二号五〇頁等。なお、平野龍一ほか編・注解特別刑法補巻(三)「小木曾国隆」九六頁参照。

(8) 中山研一ほか編・経済刑法入門第三版(一九九九年)「中山研一」一九一頁等。

(9) 松下満雄・経済法概説「第三版」(二〇〇二年)二六四頁以下。

(10) 田中利幸「行政制裁と刑罰との併科」団藤重光博士古稀祝賀論文第三卷一二六頁以下。志田至郎「業務用ストレッチフィルム価格協定事件判決―東京高裁平成五年五月二二日判決―」法律のひろば四六卷一―号三九頁も同旨。

(11) 北野弘久「追徴税と罰金との併科」別冊ジュリスト行政判例百選Ⅰ「第四版」二四七頁、原田尚彦・行政法要論全訂第四版増補版(二〇〇〇年)二二四頁。なお、藤田宙靖・行政法Ⅰ(総論)「再訂版」二六八頁、京藤哲久「過料と罰金・拘留との併科」別冊ジュリスト行政判例百選Ⅰ「第四版」二四九頁参照。

(12) 田中利幸・前掲二二頁。

(13) 田中二郎・新版行政法上巻全訂第二版(昭和四九年)一九七頁以下、板倉宏「追徴税と罰金との併科」別冊ジュリスト行政判例百選Ⅱ四三一頁。

四 課徴金に関する二重処罰問題

以上、判例・審決・学説の状況を概観したのを踏まえて、次に、今般の改正案実現後の課徴金と刑罰とを併科することが憲法上の二重処罰の禁止に違反するの否かという問題について検討を加えてみたい。

1 課徴金の制裁性

昭和五二年の独占禁止法改正で課徴金納付命令制度が導入されて以来、課徴金は、カルテル禁止規定の実効性

を確保して、違法なカルテルを排除し、公正な競争の維持という同法の目的を達成するための行政上の措置として、違反行為者からカルテル行為による経済的利得を剥奪し、カルテル行為のやり得をなくすために設けられたというのが一貫した立法者意思であった⁽¹⁾。このような課徴金の趣旨を変更することは、平成三年法律四二号による独占禁止法改正による課徴金の引上げに際しても予定されていなかった。その当時、課徴金の見直しが必要とされた理由のうち課徴金の趣旨と関連するのは、我が国企業の体質が全体として強化される中で、従来の課徴金の企業に対する経済的負担の程度が相対的に低下してきていること（経済規模が単に量的に拡大したというだけではなく、我が国企業の経営活動の多角化や、事業規模、資産規模が拡大したことにより、現行の課徴金が企業全体に与えるインパクトが低下していると考えられること）、経済のグローバル化の進展の下で、先進諸国において独占禁止法違反行為に対する抑止措置が制度面・運用面で強化する方向にあり、独占禁止法違反行為、特にカルテルに対する抑止措置について、制度全体として著しいアンバランスがないよう国際的調和の観点から見直す必要があること（国際社会での企業行動における基本ルールの実効性を確保するために必要な抑止措置の水準の国際的調和が必要であること⁽²⁾）の二点である。このような必要性を踏まえて、「課徴金に関する独占禁止法改正問題懇談会」の報告書⁽³⁾に従い、課徴金制度の導入以来とられてきた課徴金の算定方法を若干変更することとされた。すなわち、従来、課徴金の算定率は制度導入時点における平均的な経常利益率に基づいて設定されたものであったが、自己資本の充実によって資金調達コストが相対的に低下していること、金融収支の内容が様々な営業外活動の結果に大きく左右されるようになってきていることから、今後もし引き続き経常利益率を用いることは妥当でないところ、営業利益率は仕入れ、生産、販売等の企業本来の事業活動の実態を直接反映する基本的なものであることから、営業利益率に基づいて算定率を設定するのが適当であると判断された⁽⁴⁾。このようにして、現行法の算定率は、法人企業統計から求められた、課徴金制度が導入された昭和五三年から平成元年までの売上高営業利益率の平均に基づいて設定されることとなった⁽⁵⁾。制度化当初の課徴金がむしろカルテルによる経済的利得

を十分に反映しないか又は反映させない水準であつたのに対して、カルテルによる経済的利得を違反者に保持させないという課徴金の趣旨によりふさわしい水準の課徴金額を算出することができるようにしたものといえよう。

このような課徴金の趣旨に関する立法者意思は、前掲判例①や前掲公取委審判審決②等最近の判例や公取委の審決においても確認され、また、通説として承認されているといつてよい。^⑥ところが、課徴金に制裁性という特徴を認めるのか否かという点では争いがあり、それがまた憲法上の二重処罰問題の解決にも重大な作用を及ぼしていることは前述のとおりである。しかも、制裁性という特徴が一義的に理解されているわけでもない。行政制裁の意味には、過去の行政上の義務違反に対して課される刑罰以外の制裁でその威嚇的效果により間接的に義務の履行を強制するものという広義と違法行為前よりも不利益な状態におくものという狭義の二義があるといわれている。^⑦広義の制裁概念によれば、課徴金は制裁に含まれるが、^⑧狭義の制裁概念によつても、課徴金を制裁と解することができないわけではない。すなわち、現行法の課徴金は個々の事案ごとに算出された不当利得額を徴収する制度にはなつておらず、売上高営業利益率の平均値で擬制した数値たる算定率をカルテル実行期間中の売上額に乗じて算出されたものであるため、事業者によつては違法カルテルによる利得を上回る課徴金を徴収されることがあり得る。その場合、課徴金制度を設けることに必要性や合理性があるからといつて違法カルテルによる利得を上回る額の課徴金を不当利得の剥奪と呼んでよいわけではない。課徴金の納付によつて違反事業者がカルテル実行前よりも不利益な状態に置かれることを排除できない限り、課徴金を狭義の制裁に含めることもできるのではないだろうか。正当にも指摘されているとおり、^⑨課徴金を不当利得を剥奪する趣旨のものと解するのであれば、不当利得に対応する損失の発生している取引相手に課徴金を還付する仕組みが制度化されていなければならないが、そのような制度は設けられていない。刑事訴訟法三四七条のような規定はない。また、違法カルテルを行った事業者が違法カルテルによつて損害を被つた取引相手等に損害賠償をさせられたとしても課徴金額から損

害賠償金額を控除する仕組みもない⁽¹⁰⁾。このように、現行法の課徴金が違法カルテルによる不当利得を剥奪する趣旨のものであると説明するのは難しいように思われる⁽¹¹⁾。したがって、改正案実現後の課徴金もまた、算定率を現行法の水準より引き上げこそすれ、カルテル実行期間中の売上額に一定率を乗じるという算出方法に変わりのない限り、制裁であり続けることになるであろう。

それでは、課徴金に制裁性を認め、それゆえに刑罰との併科が二重処罰の禁止に違反すると解する立場は妥当なのであろうか。制裁性とは、それが広狭いずれの意味で問題とされるにせよ、当該不利益処分の効果ないし機能に着目した属性である。ところが、課徴金を課す前提として違法カルテルの禁止に違反して違法カルテルを実行するという義務違反の事実を要するところ、広狭いずれの意味の制裁性においても義務違反一般の存否が問題とされているだけである。独占禁止法上の課徴金という独占禁止法に固有の不利益処分の性格付けを行おうとする際に、独占禁止法に固有の要素を問題としないメルクマールにのみ依拠することの妥当性は疑わしい。刑事手続に関する憲法規定が非刑事手続にも適用されるのか否かが問題となった事件において、当該非刑事手続を多面的に考察することによって当該非刑事手続の憲法適合性如何を判断するという判例の態度が想起されるべきであろう⁽¹²⁾。

- (1) 相場照美「課徴金の納付と徴収の手続」ジュリスト六五六号一〇八頁。
- (2) 加藤秀樹「課徴金の引上げに係る独占禁止法の改正について」公正取引四八七号一六頁以下。
- (3) 公正取引四八三号六四頁参照。
- (4) 加藤・前掲一七頁以下。併せて、従来、カルテル対象商品の売上額に一定率を乗じ、さらに二分の一を乗じていたが、その必要がないとも判断された。
- (5) 加藤・前掲一八頁。

- (6) 根岸・舟田・前掲、正田・前掲、平野龍一ほか編・前掲「小木曾国隆」一八頁等。
- (7) 宇賀克也「行政制裁」ジュリスト一二二八号五〇頁以下参照。
- (8) 宇賀・前掲五一頁。
- (9) 佐伯・前掲二七九頁。
- (10) この点について、東京高判平成一三年二月八日判例時報一七四二号九六頁、泉水文雄「課徴金(1)―課徴金と刑罰との関係」ラップ価格協定刑事事件」別冊ジュリスト独禁法審決・判例百選「第六版」六五頁参照。
- (11) 前掲公取委審判審決②もまた課徴金が広義の行政制裁に含まれる可能性を認めていたが、同審決のポイントは、むしろ、課徴金は刑罰としての制裁ではないことを理由に「課徴金と刑罰との間には元来二重処罰の関係はない」と結論付けるところにある。そこに至るには、課徴金と刑罰との間で趣旨、目的及び実現手続について比較するという過程を経ているが、しかし、「元来二重処罰の関係」にないのであれば、このような比較を行う必要はなかったのではなかろうか。
- (12) 川崎民商事件に関する最大判昭和四七年一月二二日刑集二六卷九号五五四頁では、収税官吏に裁判所の令状なくして強制的に検査することを認める旧所得税法の規定が憲法三五条一項に違反するのかが問題とされ、その際、所得税に関する調査の一般的性質、その一般的機能、その強制的態様や程度、その公益性及びその目的と手段との均衡といったメルクマールが立てられた。なお、最高裁判所判例解説刑事篇昭和四十七年度柴田孝夫調査官の解説二二六頁参照。

2 課徴金と刑罰とを区別するメルクマール

かくして、課徴金に制裁性を認めつつ、それでもなお刑罰との併科が二重処罰の禁止に違反するのかが否かを判断するには他にも立てるべきメルクマールがあるという立場が支持されることになるであろう。そこで次に問題になってくるのは、他にどのようなメルクマールをどのようなかたちで立てるべきなのかということである。

判例と審決には、他に立てるべきメルクマールとして、趣旨、目的、要件、実現手続等を上げているものがあることは前述のとおりである。これらのメルクマールについて判断すると、課徴金と刑罰は次のように特徴付けられるのであった。すなわち、課徴金は「社会的公正を確保するとともに、違反行為の抑止を図り、カルテル禁止規定の実効性を確保する」目的をもった「行政上の措置」であるのに対して、刑罰は「カルテルの反社会性ないし反道徳性に着目しこれに対する制裁として科」する趣旨のものである（前掲判例①）。また、課徴金は「社会的公正を確保すると同時に違反行為の抑止を図りカルテル禁止規定の実効性を確保する・・・公益的な行政目的」をもち、「カルテル参加事業者が不当な経済的利得を保持し得ないようにこれらの者から不当な経済的利得を剥奪する」趣旨で、「公正取引委員会は、法定の事実があると認める場合は、同法四八条の二第一項ないし第四項所定の行政手続により課徴金納付命令を発しなければならない」すなわち「対価に係るカルテルが行われた場合には、一定の要件がある限り、公正取引委員会は、カルテルが悪質かどうか、反復されたかどうか、カルテルにおける当該事業者の役割がどのようなものかを問わず、カルテル参加事業者に対し、法令の定めた金額の課徴金の納付を命じなければなら」ず、「公正取引委員会に対し、課徴金の納付命令発付及び「一律かつ画一的に一定の計算方法により算定されたカルテル実行期間における売上額に一定率を乗じて得た額の金銭をカルテルにより得た利得であると法律上擬制して、それを速やかに剥奪するというかたちで」金額に関する裁量を認めず、画一的に納付命令を発することを義務付け・・・通常の刑罰法規においては当然の前提とされる起訴便宜主義、量刑の裁量主義と相容れず、課徴金が道義的非難に基づく規範的応報ないしは矯正教育とは位置付けられていない」ものであり、「専ら行政手続」によるのに対して、刑罰は「カルテル参加事業者の行為の反社会性、反道徳性、罪悪性に着目してこれに対する道義的非難に基づいて規範的応報ないしは矯正教育として制裁を加える趣旨」で、「刑事訴訟手続によるべき」ものである（前掲公取委審判審決②）というのである。このように、課徴金と刑罰の趣旨、目的、要件及び実現手続について比較することによって、両者を併科したとしても憲法上の二

重処罰の禁止に違反しないほどに両者が互いに異質なものであることを導き出している。

二重処罰問題を取り扱うもうひとつの判例(前掲判例③)は、先ほどの判例⑥や審決と結論を同じくしつつも、そこに至る過程を前掲判例⑥に依拠していた。しかも、この判例では、前掲判例①、公取委審判審決②がともに採用する判断枠組みに先鞭がつけられていた。そこで、課徴金以外の非刑罰不利益処分と刑罰との併科に関する憲法上の二重処罰問題を取り扱う判例においてどのようなメルクマールが立てられていたのかを確認しておく必要がある。前掲判例①、公取委審判審決②がともに採用する判断枠組みを先行して明示している判例は、追徴税と刑罰との併科に関する前掲判例⑥及び証言義務違反に対する過料と刑罰との併科に関する前掲判例⑧であった。前者では、追徴税は「過少申告・不申告による納税義務違反の発生を防止し、以つて納税の実を挙げんとする趣旨に出でた行政上の措置」であり、「単に過少申告・不申告による納税義務違反の事実があれば、同「四三」条所定の已むを得ない事由のない限り、その違反の法人に対し課せられ」、「行政機関の行政手続により租税の形式により課すべきものであるのに対して、遁脱犯に対する刑罰は「脱税者の不正行為の反社会性ないし反道義性に着目し」たものとされていた。また、後者すなわち前掲判例⑧では、証言義務違反に対する過料は「訴訟手続上の秩序を維持するため」、「秩序違反行為に対して」、「当該手続を主宰する裁判所または裁判官により直接に科せられる秩序罰」であるのに対して、証言義務違反に対する刑罰は「刑事司法に協力しない行為に対して」、「通常の刑事訴訟手続により科せられる」ものであるとされていた。このように、これら二判例においても、刑罰以外の不利益処分と刑罰との間で、両者の趣旨、目的、要件及び実現手続について比較することを通じて、両者を併科したとしても憲法上の二重処罰の禁止に違反しないほどに質的差異のあることが明らかにされていた。

このように、判例及び審決では、刑罰を特徴付けるものとして、行為の反社会性・反道義性に対して非難を加えるという意味があること及び刑事訴訟手続によつて科せられることが共通項とされていた。同時に問題とされた刑罰以外の不利益処分のうち課徴金と追徴税とは、それぞれ「社会的公正を確保するとともに、違反行為の

抑止を図り、カルテル禁止規定の実効性を確保する」目的の「行政上の措置」、「過少申告・不申告による納税義務違反の発生を防止し、以つて納税の実を挙げんとする趣旨に出でた行政上の措置」であり、「公正取引委員会に対し、課徴金の納付命令発付及び「一律かつ画一的に一定の計算方法により算定されたカルテル実行期間における売上額に一定率を乗じて得た額の金銭をカルテルにより得た利得であると法律上擬制して、それを速やかに剥奪する」というかたちで」金額に関する裁量を認めず、画一的に納付命令を発することを義務付け・・・通常の刑罰法規においては当然の前提とされる起訴便宜主義、量刑の裁量主義と相容れ」ないもの、「単に過少申告・不申告による納税義務違反の事実があれば、同「四三」条所定の已むを得ない事由のない限り、その違反の法人に対し課せられるもの」であり、また、いずれも行政機関の行政手続により課されるものである点において高度の共通性のあることが認められる。したがって、課徴金と追徴税とは極めて似通った不利益処分であり、課徴金と刑罰との併科が憲法上の二重処罰の禁止に違反しないのであれば、追徴税と刑罰との併科もまた二重処罰の禁止に違反しないことになるであろう。この点は、前述のとおり現行法下の課徴金に制裁性を認めたとしても、また、改正案実現後の課徴金についても妥当するはずである。

3 課徴金と秩序違反行為

その一方で、証言義務違反に対する刑事訴訟法上の過料については、判例上、課徴金や追徴税とは幾分異なる取扱いがなされているようである。前掲判例⑧では、証言義務違反に対する過料は、証言義務違反に対する刑罰との関係において、証言義務に違反することによって刑事司法に協力しない行為の反社会性・反道義性に非難を加える趣旨ではなく、「訴訟手続上の秩序を維持するため」のものであり、証言義務違反の反社会的・反道義的側面すなわち犯罪行為としての側面ではなく「秩序違反行為」としての側面を問題とするものであり、また、通常の刑事訴訟手続とは異なり「当該手続を主宰する裁判所または裁判官により直接に科せられる秩序罰」である

とされていた。秩序違反に対して課せられる秩序罰であるから刑罰と併科しても憲法上の二重処罰の禁止に違反しないというのである。

それでは、秩序違反やこれに対して課せられる秩序罰とはどのようなものであろうか。前掲判例⑧は、証言義務違反が犯罪とともに秩序違反にもなり得ることを認めるものの、秩序違反になる証言義務違反とはどのようなものであるのかという点についてほとんど手掛かりを与えていない。ただ、秩序違反として証言義務違反に過料を課する目的及びその手続について触れるのみである。このうち、「訴訟手続上の秩序を維持する」という趣旨ないし目的からは、過料が科せられる証言義務違反が訴訟手続上の秩序を侵害するのみでそれ以上のものではない、換言すれば、証言義務違反のうち過料が科せられるのは訴訟手続上の秩序を侵害している側面についてだけであるという事情がうかがわれる。また、「当該手続を主宰する裁判所または裁判官により直接に科せられる」という実現手続については、実現手続一般がその不利益処分の実質に相応したかたちをとっていると解するならば、⁽¹⁾過料が科せられる証言義務違反は刑事訴訟法の定める手続によるには及ばない、すなわち、証言義務違反が訴訟手続上の秩序を侵害するのみでそれ以上のものではないことから、刑事訴訟法の定める手続によるまでもなく、訴訟手続の秩序維持を任務とする裁判所又は裁判官の判断で賦課することで足りるという事情がうかがわれる。

ところで、秩序違反行為とは何かという問題は、秩序違反行為が実定法上の概念になっているドイツで盛んに取り組まれてきた。ドイツの場合、犯罪行為と秩序違反行為との限界は前者の側に大きく偏移しており、本来、犯罪行為とされるべき行為が秩序違反行為とされているといわれている点で、犯罪行為と過料を科せられるべき行為との限界が後者の側に大きく偏移している我が国におけるのと事情を異にしているため、⁽²⁾本来の犯罪行為と本来の秩序違反行為との異同に関する議論に関心が向けられたわけである。⁽³⁾そして、ドイツ基本法一〇三条三項の定める一事不再理原則が適用される前提をなすのは刑法に基づく法的効力のある判決であって、この「刑法」

には秩序違反法(24. Mai 1968 (BGBl. I 481))は含まれないというのが判例の立場であるから、同一事実に対して犯罪と秩序違反とがともに成立する場合に刑罰と過料を併科したとしても基本法一〇三条三項に違反しないと解されることになる。

ドイツでは判例上、犯罪とは社会倫理的に著しく無価値なものとされている関係上、現行の秩序違反法一条一項に「過料を科すことを認めている法律の構成要件を実現する違法かつ有責な行為」と定める秩序違反行為とは、特に社会倫理的に非難に値しない態度ということになる。⁽⁶⁾すなわち、秩序違反行為は法律効果の点で異なることから犯罪行為とは質的量的に区別される別物であり、両者の限界領域では立法上いずれとなるのかは基本法上の価値序列によって決まると解されているわけであるが、学説においては、両者の間に質的な違いを認めるのか否かという点で争いがあるほか、時代によって優劣勢の交替がみられるにせよ、犯罪と秩序違反との間に質的な違いを認める場合であつても、それを法益の違いに求めるのか、行為態様の違いに求めるのか、当罰性の違いに求めるのかなど対立がみられる。⁽⁷⁾

翻つて、我が国では、「行政法規の違反が、直接的に行政上の目的を侵害し、社会法益に侵害を加える場合(反社会性)」が犯罪とされるのに対して、「ただ間接的に行政上の秩序に障害を及ぼす危険があるにすぎない場合(義務の懈怠)」が秩序違反とされたり、⁽⁸⁾犯罪は「刑罰という制裁を科するに価する高度の違法性、有責性を有する行為」であり、刑罰は「いわゆる道義的非難を加えるもの」であるのに対して、秩序違反行為は秩序罰「を必要とする行為」であつて「行政法規の施行を実効あらしめる手段として必要なときには、それはせいぜい行政罰によつて対処すれば足り」、秩序罰は「客観的な行政上の秩序を維持する―それはひいては国民の利益に寄与する―ために、それを侵害する作為、不作為に対して科せられるもの」とされたりしている。⁽⁹⁾すなわち、我が国ではドイツにおける議論の影響を受けて犯罪行為と秩序違反行為との間では法益、行為態様及び当罰性に違いのあることを認める見解が有力なようである。前掲判例⑧の判示にもその影響を受けた跡が看取されよう。犯罪と秩序違

反との違いについて仮にこのような考え方に従うとした場合、同判例は、ひとつの証言義務違反という事実のうちに、秩序違反と評価される側面と反社会性・反道義性を具えた犯罪と評価される側面のあることを承認することを以って、訴訟手続上の秩序を侵害するにとどまる側面と刑事司法の実現を妨げる行為として国家的法益を侵害するという側面とが併存し得ると解しているのである。外形上は同一の行為でありながらそこには法的に異なる評価の与えられる側面が含まれているのであるから、各側面の法的評価に相応する法的反作用が加えられることも正当化されるというわけである。

それでは、証言義務違反のうち秩序違反行為とされる側面と独占禁止法上の課徴金や法人税法上の旧追徴税とはどのような関係にあるのであろうか。課徴金に関する前掲判例①及び公取委審判審決②、追徴税に関する前掲判例⑥はともに、課徴金や追徴税に秩序違反行為に対する不利益処分という性格付けを明示的には与えてこなかった。しかし、課徴金について前掲判例①が「社会的公正を確保するとともに、違反行為の抑止を図り、カルテル禁止規定の実効性を確保するために執られる行政上の措置」とし、公取委審判審決②が「公益的な行政目的」を追求する制度として鑑みると、課徴金は、違法カルテルによる不当利得を剥奪するという趣旨のものと説明するのが困難なこととあいまって、違法カルテルのうち行政上の秩序違反と評価される側面に対して課せられる秩序罰とみることができないわけではない¹⁰。また、追徴税について前掲判例⑥が「過少申告・不申告による納税義務違反の発生を防止し、以って納税の実を挙げんとする趣旨に出でた行政上の措置」と位置付けることから、ここでもまた、追徴税を過少申告・不申告という事実によって行政上の秩序を乱したことに對する法的反作用とみることができであろう。

このように、課徴金、追徴税ともに秩序違反行為に対する不利益処分とみることができから、証言義務違反に對する過料を含め、これら三者についてそれぞれ刑罰と併科しても憲法上の二重処罰の禁止に違反しないと結論付ける判例及び審決の態度には一貫性があるといつてよい。課徴金が違法カルテルによる不当利得を剥奪する

にとどまらず制裁であるとしても、これら判例及び審決が前掲判例⑥を踏まえている限りにおいて、課徴金が刑罰と異なる趣旨ないし目的をもつものであることに変わりはないから、その他のメルクマールとの総合評価に際しても判例及び審決の態度を維持し続けることができるであろう。課徴金や追徴税を課される法令違反行為が秩序違反行為であることは、各制度の趣旨ないし目的のみから導き出されるわけではない。すなわち、課徴金は公正取引委員会の納付命令によって課され、追徴税は税務署長によって租税の形式で徴収されるというように、各制度の性格を反映した実現手続が設けられているのはもちろんのこと、法令違反行為の成立要件においても、課徴金では、「一律かつ画一的に一定の計算方法により算定されたカルテル実行期間における売上額に一定率を乗じて得た金銭をカルテルにより得た利得であると法律上擬制し」た金額について、「カルテルが悪質かどうか、反復されたかどうか、カルテルにおける当該事業者の役割がどのようなものかを問わず」公正取引委員会は納付命令を発しななければならず（前掲公取委審判審決②）、また、追徴税では、「単に過少申告・不申告による納税義務違反の事実があれば」、「法人税法」同「四三二」条所定の已むを得ない事由のない限り、その違反の法人に対し課せられる」というように、反社会性・反道義性が問題とされてはいない。

(1) 前掲最判昭和三十三年四月三〇日に関する白石健三調査官の解説（最高裁判所判例解説民事篇昭和三十三年度一〇三頁）参照。

(2) 井戸田侃「行政法規違反と犯罪—行政刑法序説—」佐伯博士還暦祝賀「犯罪と刑罰（上）」（昭和四三年）一五四頁、中川祐夫「行政刑法序説」同一七二頁以下。

(3) 福田平・行政刑法「新版」（昭和五三年）二六頁。なお、佐伯千仞・刑法における違法性の理論（昭和四九年）三七四頁以下参照。

(4) Michael Sachs, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl, 1999, § 103 Rdn.84; BVerfGE 21, 391; 43, 101.

(5) BVerfGE 27, 29.

- (6) Joachim Bohmert, Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht, 2003, S. 1 f.
- (7) 神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界 (二) ドイツの法制度・学説・判例を中心として」刑法雑誌二六卷二号九四頁以下、福田・前掲二五頁以下、中川・前掲一六九頁以下、平野龍一「経済活動と刑事制裁」ドイツ経済刑法における過料制度」鈴木古稀記念論集「現代商法学の課題・下」(昭和五二年)一五八五頁以下等参照。Vgl. Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 13. Aufl., 2002, S. 10 ff.
- (8) 田中二郎・前掲一九四頁。
- (9) 井戸田・前掲一五八頁以下。このほか、戦前では、美濃部達吉・行政刑法概論(昭和一四年)一頁以下、一一頁以下参照。ここでは、同一の性質の罰則の適用に関しては同一の原則に従うべきであるから、法律が刑罰を科すべきものと定めている行為であっても、それが性質上過料を課すべき行為と等しく、単純な公法上の義務違反であり単純な行政犯に当たるべきものであるならば、無条件に刑法総則を適用すべきものではなく、むしろ過料を課すべき行為と同一の原則によるのが正しいというのである。そこから議論は、刑法総則の全面的適用が認められない行政犯と刑事犯とをどのようにして区別するのかという問題の解明へと向かうことになる。
- (10) 独占禁止法二条六項の「公共の利益」の意味については、自由競争経済秩序と解する説(判例・審決のほとんど、多数説)、自由競争経済秩序のみならず広く国民経済的利益すなわち国民経済の均衡的發展と解する説が主張されているほか(最高裁判所判例解説刑事篇昭和五十九年度一二六頁以下参照)、石油ヤミカルテル事件に関する最判昭和五九年二月二四日刑集三八卷四号一二八七頁は独占禁止法の直接の保護法益を自由競争経済秩序と解しつつも、同時に同法の究極の目的は同法一条の規定に従い一般消費者の利益と国民経済の民主的で健全な発達だとも述べている。自由競争経済秩序によってもたらされる利益を問題とすることなく自由競争経済秩序そのものを法益とすることが妥当だとは思わないので(神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界 (三・完)」刑法雑誌二七卷一号四九頁。ドイツで刑法典には入札談合罪 (§ 298 Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen) を設けるのみで、その他の競争制限行為を競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) 違反として過料を課するにとどめている立法者意思もそこにあるのではなからうか。Vgl. Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 3. Aufl., 2002, Vor § 81 Rdn.10)、最判昭和五九年二月二四日という一般消費者の利益と国民経済の民主的で健全な発達や国民経済の

均衡的發展を法益と解した上で、自由競争経済秩序を侵害し一般消費者の利益や国民経済の民主的で健全な発達ないし国民経済の均衡的發展をも侵害するような違法カルテルについては不当な取引制限の罪が成立することになるが、自由競争経済秩序を侵害する危険性あるにすぎない違法カルテルについては秩序違反行為として課徴金納付命令の対象となるにとどまると解することができないのではないだろうか。違法カルテルが行われた場合、課徴金納付命令は必要素的であり、また、公正取引委員会は独占禁止法違反の罪があると思料するときは検事総長に対して告発義務を負うところ、公正取引委員会が告発義務を負うのは犯罪があると思料するときであつて、秩序違反にとどまる場合には告発義務は発生しないという解釈が成り立たないわけではない。平成二年六月二〇日発表の「独占禁止法違反に対する刑事告発に関する公正取引委員会の方針」は、この意味において実体法的に根拠付けられるとともに、逆に、等しく対価に係る違法カルテル等でありながら、課徴金を課するにとどまるものと不当な取引制限の罪等になるものとに分けられることに対応した手続を運用面でも確認しようとしたものと解することもできるのではなからうか。すなわち、公正取引委員会は、本方針に定める二類型について、今後、積極的に刑事告発を行うこととするというのであるから、①不当な取引制限等であつても悪質でないか若しくは重大でないため国民生活に広範な影響を及ぼすとは考えられない事案、及び、②公正取引委員会の行う行政処分によって独占禁止法の目的が達成できると考えられる事案については、積極的には刑事告発が行われないこととなるところ、これらの事案における違法カルテル等は、一般消費者の利益や国民経済の均衡的發展を侵害するに至らず、せいぜい自由競争経済秩序を侵害する危険性あるにすぎない違法カルテル等に相応しているように思われる。したがって、本方針で積極的に刑事告発を行うこととされている違法カルテル等こそ、不当な取引制限の罪等を成立させるに足りる違法カルテル等であるのに対して、①又は②に当てはまる違法カルテル等は、秩序違反行為にとどまるものであつて、そのうち対価に係る違法カルテル等に対しては課徴金のみ課されるというわけである。

4 その他のメルクマールの可能性

ところで、これら判例及び審決の採用する判断枠組みでは、そこで問題とされている刑罰以外の不利益処分が

どのようなものであれ、刑罰との間で両者を併科することによって憲法上の二重処罰の禁止に違反するという結論が導き出される余地はないと批判されることがある。^①ここでは、先ほどの判断枠組みで立てられているメルクマールには、刑罰と併科することによって二重処罰の禁止に違反する刑罰以外の不利益処分を発見するためのものとしては、立てるべきではないものが含まれていたり、逆に立てるべきメルクマールが欠けていたりすることが示唆されているといえよう。学説の一部において、刑罰や刑罰以外の不利益処分が現実を果たしている機能に注目するもののほか、制裁性、被処分者が実際に被る不利益の大きさや刑罰と刑罰以外の不利益処分とを併科することの必要性や合理性を総合的に考慮し、先ほどの四メルクマールは併科の必要性・合理性を基礎付ける過程で問題とするにとどめるものが唱えられていることは前述のとおりである。

判例、審決や一部学説の採用する先ほどの四メルクマールに加えてその他にもメルクマールを立てるべきなのか、その他に立てるべきメルクマールを先ほどの四メルクマールとどのように関連付けるべきなのかといった問題に根本的な解決を与えるのは本稿の手に余る重大な課題であり、他日を期してこれに取り組むこととしたいが、さしあたり、先ほどの四メルクマールに加えてその他にもメルクマールを立てて判断する立場においてどのような過程を経て総合評価が行われているのかを跡付けることは不可能ではない。そこでは、独占禁止法上の課徴金について、課徴金額の算定方法が現実の不当利得と関連性をもっていること、現実の不当利得を算出するのが事実上不可能であるから擬制による算定方法によるしかないこと、課徴金制度が機動的に活用されるためには課徴金額の算定方法は単純で明確なものでなければならぬことを理由に課徴金制度維持の必要性・合理性が高く、制裁性が若干あることを割り引いても、刑罰との併科が憲法上の二重処罰の禁止に違反しないと結論付けられている。^③その一方で、刑罰との併科が問題となる無申告・不納付・重加算税については、本税及び延滞税・利子税の納付という債務の履行を越える制裁性があること、その負担の大きさが軽視できるほど小さくないこと、質問・検査受忍義務があり不答弁・拒否には刑罰が科されること、刑罰と加算税とで違反行為の類型が基本的に

重なっていること・間接的な納税強制や違反抑止機能も共通していること・法益が基本的に異なること・重加算税の負担が他の加算税のそれより重いのは重加算税の対象行為の類型的な情状の重さに着目したためであること・各加算税内で定額なのは大量的で迅速な処理を必要とし行政官庁によって課されることを考慮したためであること・質問検査手続と犯則調査手続との間に関連性連続性をもたせないのは同一組織内では困難を極め観念的でさえあることを理由に併科の必要性・合理性が認められないなどとして、また、証言義務違反に対する過料については、過去の違反行為に対する制裁としての側面をも具え、また、過料が定額でなく違法と責任に応じて決定されることになること、併科される罰金額との比較において事実的な負担が軽微でないこと、裁判所によって課されるという受け止め方は責任を痛感するのに十分であること、訴訟手続上の秩序という法益は円滑・適正な刑事司法の審理という法益に対して補充的に保護され、侵害行為の態様も同じであり、また、いずれの法益侵害も当該手続を主宰する裁判所・裁判官の科する制裁によって保護することができるから併科の必要性が高くないことを理由に、それぞれ刑罰との併科には憲法上疑義があるとされている。

このように、証言義務違反に対する過料と加算税については、いずれのメルクマールに関しても刑罰との併科を否定する方向での評価が行われ、その一方で、課徴金については、刑罰との併科を肯定する方向での評価が行われたメルクマールと否定する方向での評価が行われたメルクマールとがあり、これらを総合して刑罰との併科が憲法上の二重処罰の禁止に違反しないと結論付けられている。課徴金については、事案によっては現実の利得額より課徴金額の方が高くなる場合があり、課徴金額が現実の利得額を超過する部分について制裁性が生じるとされてはいるものの、この制裁性が量的にも小さいこととあいまって、課徴金額が現実の利得額と関連性をもっていること、不当利得を厳密に算出することが不可能であるため擬制によるしかないこと、機動的活用のため単純明確な算定方法であるのが望ましいことから課徴金は不当利得相当額の剥奪という性格をとどめ、それゆえに刑罰と併科しても憲法上の二重処罰の禁止に違反しないというのである。ここでは、課徴金の性格に僅かな質的

変化しかなかったりしない量的逸脱が課徴金制度維持の必要性や合理性によって打ち消されると評価されていることになる。また、加算税については、制裁性が量的にも大きいこと、法益・機能・違反行為の類型が刑罰の場合と異なること、各加算税間で負担が異なるのは各加算税の賦課要件における情状の重さの違いを反映しているからであることが刑罰との併科が二重処罰の禁止に違反する積極的理由とされるときにも、課徴金ならば刑罰との併科を肯定する方向での評価が与えられていたメルクマールについても、各加算税内で定額なのは刑罰との本質の違いが原因ではないこと、行政手続と犯則調査手続との間に関連性連続性をもたせないことは制度上はともかく事実上は難しいといった否定的評価が与えられている。

しかし、先ず、証言義務違反に対する過料や加算税の場合では刑罰との併科を否定する方向での評価の行われたメルクマールが課徴金の場合には言及されていないことを指摘しておかなければならない。課徴金が不当利得の剥奪とはいえないことのほか、証言義務違反に対する過料と刑罰との間に補充関係を認めるのであれば、違法カルテルに対する課徴金と刑罰との間にも補充関係を認めるべきではなからうか。また、課徴金を課される違法カルテルの類型と不当取引制限の罪の行為類型との間にも違いはない。このように、課徴金にも所説によれば刑罰との併科を否定する方向での評価の行われるはずのメルクマールが少なくない。また、課徴金を評価する際には刑罰との併科を肯定する方向での評価の行われたメルクマール（定額であること）について、加算税を評価する際には否定する方向での評価が与えられている。課徴金について、刑罰との併科を肯定する方向での評価の行われたメルクマールと否定する方向での評価の行われたメルクマールとが並存している状態で、互いに異質なメルクマールであるにもかかわらず、どのようにすれば刑罰との併科を肯定する方向での評価が否定する方向での評価によって打ち消されるのが判然としない。さらに、課徴金、加算税、証言義務違反に対する過料がいずれも秩序違反行為に対する不利益処分として一括されるのであれば、刑罰との併科が憲法上の二重処罰の禁止に違反するの否かという問題をめぐって同じように取り扱われなければならないはずであるが、課徴金に対する

評価では言及されていないメルクマールについても改めて評価を行えば、所説に従う限り、課徴金、加算税、証言義務違反に対する過料はいずれも刑罰と併科することによって二重処罰の禁止に違反すると解することになるのではなからうか。

(1) 塩野宏・行政法1〔第三版〕(平成一五年)二二六頁。

(2) 藤田・前掲二六八頁、京藤・前掲二四九頁。課徴金と刑罰とでは機能的に重点の置き場が異なるだけであって、課徴金では間接強制・一般予防効果が重視されているのに対して、刑罰では非難・特別予防効果が重視されているにすぎないのが現実であるとしても(京藤・同)、広狭いずれの意味においても課徴金から制裁性を排除することができないだけに、課徴金と刑罰とでは現実に果たす機能が共通していることを理由に両者を併科すると憲法上の二重処罰の禁止に違反するといえ、それには、課徴金は制裁であるから刑罰と併科すると憲法上の二重処罰の禁止に違反するのと立場に対するのと同じ批判が向けられることになるであろう。

(3) 田中利幸・前掲一二六頁以下。

(4) 田中利幸・前掲一二二頁。

(5) 田中利幸・前掲一一四頁以下。

五 結びにかえて

以上のことから、今般の改正案実現後の課徴金について、憲法上の二重処罰問題との関係では、さしあたり次のようにいうことが許されるのではなからうか。すなわち、現行法下の課徴金についてすでに不当利得の剥奪という性格付けが不当なことは前述のとおりであり、算定率の引上げによって制裁性が強まることはっても、制裁でなかったものが制裁に転ずるというわけではない。その意味では、今般予定されている法改正の前後を通じて課徴金の趣旨に変わりはない。違法カルテル実行期間中の売上額に一定率を乗じるという課徴金額の算定方法に

も変わりはない。納付命令発付について公正取引委員会に裁量権がないことにも変わりはない。繰返しの違反行為に対して課徴金額を加算する場合であっても、その要件は法定されており公正取引委員会に裁量の余地はない。したがって、趣旨、目的、要件及び実現手続という四メルクマールを立てて判断する限り、今般の改正案実現後においてもまた、憲法上の二重処罰問題に関して課徴金に対する評価は現行法下の課徴金に対するのと変わりなく、刑罰との併科は二重処罰の禁止に違反しないという結論を変更する必要はないと思われる。その限りでは、刑罰との間の調整規定を新設する必要性もないことになる。^①それどころか、現行法下の課徴金について違法カルテルによる不当利得を剥奪する趣旨のものと解する立場から、改正案実現後の課徴金が制裁に転ずることに伴って刑罰との間の調整規定を新設する提案がなされているところ、改正案実現の前後において課徴金の趣旨に変わりがないと解する本稿の立場からは、このような立法者の提案に対して疑問を禁じ得ない。

また、判例や審決に従い、趣旨、目的、要件及び実現手続について比べることによって、課徴金と刑罰とは、両者を併科しても憲法上の二重処罰の禁止に違反しないほどに質的に異なるものかどうかを承認する一方で、課徴金が刑罰とともに一般予防効果を果たしていることを根拠に両者を併科した場合に関する調整規定を新設しようとする改正案の提案には、さらなる疑念を拭えない。併科しても二重処罰の禁止に違反しないほどに異質なものであるならば、課徴金と刑罰ななく罰金との間で量的な調整をする必要はなく、また、調整することもできないはずである。憲法上の二重処罰の禁止に違反するの可否かを判断するに当たり両者の機能に着目する見解の主張されていることは前述したとおりであるところ、この見解に従うならば、改正案実現後の課徴金と刑罰とは、併科すると二重処罰の禁止に違反する関係にあるほどに両者は似たものかどうかであると判断することも可能であり、その限りでは、その間に調整規定を必要とし、また、量的な調整になじむ関係にあるといえよう。逆に、課徴金と罰金とが調整規定を必要とし、かつ、調整することのできる関係にあるならば、両者は質的に似たものかどうかであることを認めざるを得なくなるであろう。改正案によると、立法者は課徴金には罰

金と異なる側面と似ている側面とが併存しており、似ている側面について罰金との調整を必要とし、また、量的な調整をすることができると解しているものと思われるが、異なる側面があることを導き出すのに用いたメルクマールと似ている側面があることを導き出すのに用いたメルクマールとを使い分けることの妥当性もまた問われなければならない、メルクマールを統一し両者を併科しても二重処罰の禁止に違反しないと判断する限り、その間を調整する必要もなく、また、量的な調整をすることもできないと解さざるを得ないのではなからうか。

他方、判例及び審決の用いる四メルクマールのほか、刑罰との併科の必要性や合理性、併科した場合と併科しなかった場合において違反行為者が被る現実的不利益の大きさと併せて総合的に評価しようとする立場に従えば、現行法下の課徴金ですら刑罰と併科すると憲法上の二重処罰の禁止に違反すると結論付けるのが順当なことは前述のとおりであるから、今般の改正案実現後であればなおさら、刑罰と併科することは憲法上の二重処罰の禁止に違反すると判断されるべきことになるであろうし、その限りで、刑罰との間の調整規定を新設する必要性が生じてくることになる。

(1) このような調整規定を設けることによって独占禁止法が法人の犯罪能力を積極的に肯定する立場に与するものと解される結果、法人の犯罪能力を認めるのか否かという依然として決着のついていない問題に対して、立法者が態度決定をしてしまったと受け止められはしないのかという懸念がある。すなわち、法人事業者に対しては刑罰として罰金しか科することができないから、このような調整規定は法人事業者に対してのみ適用になることはもちろんである。刑罰には行為者に対して道義的非難を加えるという意味があることを前提とする場合、利欲犯（麻薬及び向精神薬取締法（昭和二六年法律一四号）六六条の二第二項等参照）等に対する罰金に犯罪による不当利得を剥奪するという趣旨の認められる場合があるとしても、改正案の課徴金に刑罰との同一性を承認して課徴金から罰金の一定割合を控除することができるとなると、それは、課徴金の支払いによって（罰金の減額ではなく課徴金の減額というかたちをとっているとはいえ）実質的に法人に対する道義的非難が減少することを承認することにほかならない。しかし、行つた

行為に対して道義的非難を加えることができるのは自然人に対してだけであるから、刑罰が行為者に対して道義的非難を加えるものであるという前提を放棄しなければならなくなるか、(両罰規定の存在が法人に犯罪能力を承認するものなのか否かという問題はさておき)このような調整規定の存在がかすがいとなって法人に道義的非難を加えることを肯定することになり、それがひいては法人の犯罪能力を肯定することにつながりはしないのかということである。秩序違反行為と犯罪行為との差が量的なものだとされ、過料も責任に応じて量定すべきだとされるようになったのに伴い、法人処罰に疑問を提起する人たちが現れていることに注意しなければならない」という平野龍一博士の指摘(前掲一五八九頁)がよみがえってくる。